

Naming en shaming in het markttoezicht

Een onderzoek naar de openbaarmaking van sancties op de financiële markt

Judith van Erp

“Naming en shaming” in het toezicht is in opkomst. Steeds meer toezichthouders maken de identiteit van overtredende ondernemingen bekend in inspectierapporten, openbare sanctieregisters, of zwarte lijsten. Meestal gebeurt dit om consumenten te informeren of om verantwoording af te leggen over het toezicht. Maar speelt deze informatie werkelijk een rol in de besluitvorming van consumenten? Welke reputatieschade lijden de overtredende ondernemingen, en in hoeverre schrikt de dreiging van negatieve publiciteit potentiële overtreders af? En leidt meer transparantie van het toezicht, ook tot meer vertrouwen in de toezichthouder?

Over deze vragen gaat dit boek. Het doet verslag van een onderzoek naar de effecten van naming en shaming in een markt waarin vertrouwen en reputatie cruciaal zijn: de financiële markt. De Nederlandse Autoriteit Financiële Markten maakt sinds 2007 waarschuwingen en opgelegde sancties openbaar aan een variëteit van ondernemingen, van beursgenoteerde ondernemingen tot zelfstandig hypotheekadviseurs. De gevolgen van deze publicaties zijn onderzocht door media-analyse, enquête-onderzoek, en vele interviews met medewerkers van de AFM, experts, compliance-officers, en bestrafte ondernemers.

Het boek is te bestellen bij Boom Juridische Uitgevers, www.bju.nl,

ISBN 978-90-8974-186-8

Het inleidende hoofdstuk is hieronder weergegeven.

Reacties welkom op vanerp@frg.eur.nl

Hoofdstuk 1

Naming and shaming in het publieke toezicht

1.1 Inleiding

1.1.1 *“De zwaarste straf is reputatieverlies”*

De Twentse neuroloog Jansen Steur vertelde tientallen van zijn patiënten dat ze leden aan de ziekte van Alzheimer, Parkinson of multiple sclerose. In werkelijkheid waren deze patiënten echter niet ongeneeslijk ziek, maar hadden ze goed behandelbare kwalen. Ook vervalste de neuroloog recepten van collega's om in zijn medicijnverslaving te kunnen voorzien. De neuroloog werd door het ziekenhuisbestuur met vroegpensioen gestuurd. Strafvervolging werd door zijn werkgever niet nodig geacht, omdat de neuroloog al “het ergste” doormaakte wat een professional kan overkomen: “het verlies van al zijn aanzien in de kring van vakgenoten” (NRC 21-1-2009).

De Ahold-top werd langdurig strafrechtelijk vervolgd vanwege boekhoudfraude. Wat voor hen het zwaarst woog was niet de straf die de rechter zou opleggen, maar het maatschappelijk oordeel. Ahold-topman Cees van der Hoeven stelde in zijn laatste woord voor de rechtbank, nog voordat hij wist of de rechter hem zou veroordelen, dat de schade blijvend is, en dat hij maatschappelijk gezien allang is “veroordeeld en afgeserveerd”. Zijn collega Roland Fahlin, die uiteindelijk werd vrijgesproken, zei: “Het ergste van alles is dat de mensen die me altijd als een betrouwbaar persoon zagen, zich nu afvragen of dat wel waar is. Het is te laat om die schade te herstellen”¹.

Volgens voormalig Philips-topman Cor Boonstra is geld nooit zijn belangrijkste drijfveer geweest. Het ging hem om het presteren, en het aanzien dat je daarmee kunt verwerven. Maar enkele uren voor het grootse afscheidsfeest van Boonstra in het Concertgebouw in Amsterdam maakte het OM bekend dat het Boonstra zou vervolgen wegens handel met voorwetenschap. Uiteindelijk werd hij voor één zaak veroordeeld en voor een andere zaak vrijgesproken. Terugblikkend vertelt hij dat zijn leven na de rechtszaak totaal is veranderd. Vijf van zijn commissariaten bij vooraanstaande ondernemingen werden ingetrokken. De koninklijke onderscheiding die hem op de avond van zijn afscheid zou worden toegekend, ging niet door. Van universiteit Nyenrode, die hem een eredoctoraat wilde verlenen, heeft hij niets meer gehoord. Boonstra is vrienden kwijtgeraakt die niet met hem geassocieerd wilden worden. En naar een feest gaat hij niet meer,

¹ www.nrc.nl/weblog/ahold/2006/05/08.

omdat hij dan de hele avond moet uitleggen hoe het met hem gaat (NRC, 3-5-2003). Achteraf beschrijft Boonstra het verlies van zijn reputatie als “niet zo erg als het verliezen van een kind, maar het zit er niet ver vanaf” (De Volkskrant, 20-12-2008).

Respect, aanzien, betrouwbaarheid en geloofwaardigheid. Voor veel professionals vormt dit hun belangrijkste kapitaal. Het verlies van hun reputatie betekent dat de bodem onder hun carrière is weggeslagen. Een financiële sanctie kan men, soms zelfs gemakkelijk, weer te boven komen. Een beschadigde reputatie echter kan niet zo gemakkelijk worden hersteld. Personen die het in hen gestelde vertrouwen beschamen, ervaren het verlies van hun reputatie als de zwaarst mogelijke straf, omdat ze als het ware worden uitgeschakeld en de schade niet meer kunnen herstellen. Voor ondernemingen is een goede reputatie een vorm van sociaal kapitaal dat, meer dan financieel kapitaal, een basis biedt voor de continuïteit en groei van een onderneming (Gunningham, Kagan and Thornton, 2004).

Reputatie heeft zowel betrekking op het verleden als op de toekomst: het is de verwachting dat iemand zijn beloftes zal nakomen, die is gebaseerd op eerdere ingeloste beloftes (Posner, 2000, p. 34, Misztal, 1996, p. 121-122.). Reputatie is “gestold verleden”, en vergroot tegelijkertijd de kansen op succes voor de toekomst. Een reputatie van betrouwbaarheid maakt het mogelijk om zaken te doen zonder dat afspraken tot in detail vooraf hoeven worden vastgelegd: men gelooft immers dat afspraken zullen worden nagekomen en dat problemen zullen worden opgelost.

Bij een groep met een goede reputatie straalt de reputatie van de groep bovendien af op de individuele leden ervan, waardoor het mogelijk wordt zaken met elkaar te doen zonder dat men elkaar persoonlijk kent. Zelfs in markten die zeer gevoelig zijn voor conflicten, wekt het lidmaatschap van een bepaalde groep of familie zoveel vertrouwen dat men liever afgaat op de reputatie dan op formele contracten. De diamanthandelaren in New York en Antwerpen bijvoorbeeld vertrouwen voor hun kostbare handel volledig op de informele sociale controlemechanismen op de plaatselijke diamantbeurs, waarbij de familie borg staat voor kwaliteit (Siegel, 2002, Richman, 2006). Reputatiemechanismen fungeren zelfs, en behoorlijk succesvol, in criminele markten, waar drugshandelaren in zee gaan met voor hen onbekende producenten of smokkelaars aan het andere eind van de wereld, puur en alleen omdat ze de reputatie hebben dat ze kunnen leveren wat ze beloven (Van de Bunt, 2008, Van de Bunt en Kleemans, 2007).

Het belang van een goede reputatie neemt alleen maar toe nu onze moderne geïndustrialiseerde maatschappij zo complex is geworden, dat de kwaliteit van producten en diensten steeds moeilijker vooraf te beoordelen is. Productieketens zijn onder invloed van globalisering steeds langer en ingewikkelder geworden met steeds meer partijen, waardoor ze steeds minder transparant zijn geworden (Van Waarden, 2006). We vertrouwen ons geld toe aan een bank die uiteindelijk eigendom is van een anoniem hedgefonds; we gebruiken producten waarvan de

onderdelen uit fabrieken over de hele wereld afkomstig zijn, maar waarop we vertrouwen omdat het merk “Sony” of “Philips” erop staat, en we kopen ons voedsel in een supermarkt die het sluitstuk is van een lange, gecompliceerde productieketen. Als we niet zouden afgaan op de reputatie van de aanbieder, maar alles zelf zouden willen beoordelen, zou het moderne leven vrijwel onmogelijk zijn (Simmel, 1978, p. 178-179).

Het begrip ‘reputatie’ kent dus meerdere invalshoeken. Voor de “eigenaar” van de reputatie is het een vorm van sociaal kapitaal, die prestaties mogelijk maakt of, bij een slechte reputatie, belemmert. Voor de tegenpartij - de consument, afnemer of zakenpartner - is de reputatie van een persoon of onderneming een vereenvoudigingsmechanisme, dat hem in staat stelt keuzes te maken in complexe markten (Misztal, 1996, p. 121-122). En vanuit reguleringsoogpunt heeft het reputatiemechanisme een preventieve werking, omdat iemand met een goede reputatie, deze meestal niet op het spel wil zetten door afspraken niet na te komen of slechte kwaliteit te leveren (Posner, 2000). In veel markten voorkomt de zorg voor een goede reputatie daarom dat ondernemingen regels overtreden of te grote risico's nemen (Fisse and Braithwaite, 1983; Gunningham, Thornton and Kagan, 2004; May, 2004). Kortom: reputatie is informatief voor afnemers, en werkt preventief én bestraffend voor ondernemers. Daarmee is het reputatiemechanisme een van de krachtigste vormen van informele sociale controle in markten (Macaulay, 1963; Posner, 2000; Charny, 1990).

1.1.2 De roep om transparantie

De toename van de complexiteit van onze samenleving heeft geleid tot een groeiende behoefte aan informatie over de reputatie van personen en ondernemingen. We hebben steeds meer keuze, maar kunnen tegelijkertijd de kwaliteit van producten en diensten steeds moeilijker beoordelen. Informatie is in onze maatschappij het belangrijkste economische goed geworden. Er is een enorme toename van transparantie en openheid. Dat geldt op allerlei terreinen, maar met name op het gebied van reputatie-informatie. Op sociale of professionele netwerksites als Hyves of Linked-in presenteren mensen zich aan eenieder die in hun profiel is geïnteresseerd. Voor producten en diensten zijn kwaliteitsbeoordelingen beschikbaar die variëren van consumentensites, tot professionele rating agencies of certificerende instanties. Prestatiegegevens van publieke dienstverleners, zoals scholen, universiteiten of ziekenhuizen, zijn openbaar. En ook negatieve informatie over mensen met een uitgesproken slechte reputatie is openbaar toegankelijk. Het bekendste voorbeeld is wellicht de publicatie van namen van seksueel delinquenten in de VS. Als gevolg van Megan's law houdt elke staat in de VS op internet een register bij waar na het intypen van een straatnaam, een overzicht wordt getoond met namen, foto's, adressen en gepleegde delicten van seksueel delinquenten².

² Voor een voorbeeld zie <http://www.meganslaw.ca.gov/>

Ook in het publieke toezicht is er de roep om meer transparantie. Toezichthouders verzamelen in het kader van het toezicht veel informatie over risico's en veiligheid. In onze informatiemaatschappij staan ze onder toenemende druk om deze informatie openbaar te maken (Garland, 2001, p. 180). Het kan daarbij gaan om algemene, branche-brede informatie, bijvoorbeeld onderzoeksresultaten of risico-analyses. Het kan ook gaan om informatie die betrekking heeft op overtredingen, bijvoorbeeld generieke informatie over het percentage overtredingen in een bepaalde sector (Michiels, 2007b). Maar toezichthouders beschikken ook over veel informatie die van invloed is op de reputatie van individuele personen of ondernemingen. Toezicht behelst immers een oordeel over de mate waarin personen of ondernemingen aan publieke normen voldoen. Toezichthouders maken dit oordeel openbaar in inspectierapporten en controleresultaten, prestatiegegevens en benchmarks. In toenemende mate publiceren ze ook de namen van personen of ondernemingen die een overtreding hebben begaan of een sanctie hebben gekregen. Deze informatie kan schadelijk zijn voor de reputatie van deze overtredders. We spreken daarom van *naming en shaming*.

Hoewel de transparantie van het toezicht toeneemt, en naming en shaming als specifieke vorm daarvan steeds vaker voorkomt, is er nog niet veel bekend over de gevolgen van naming en shaming. Deels heeft dat te maken met het gebrek aan praktijkervaring met naming en shaming (Doorenbos, 2007, p. 35). De groeiende toepassing van naming en shaming de laatste jaren biedt echter de gelegenheid om de uitwerking ervan te onderzoeken. Dit boek doet daarom verslag van een empirisch onderzoek naar naming en shaming in het toezicht op markten.

In de eerste plaats beoogt dit boek te laten zien welke argumenten toezichthouders gebruiken bij de invoering van naming en shaming en hoe ze omgaan met de toepassing van dit instrument in de praktijk. Is het bedoeld als waarschuwing voor consumenten, ter bevordering van de transparantie van het toezicht of als handhavingsmiddel? In de tweede plaats is het doel te verklaren hoe naming en shaming werkt, en welke invloed het heeft op het gedrag van consumenten, ondernemers en financiële instellingen. Dit onderzoek zoekt een antwoord op de vraag of, en in welke condities naming en shaming kan bijdragen aan naleving van regelgeving, en of het een geschikt instrument is in het toezicht op markten.

Het empirisch onderzoek richt zich op openbaarmaking in het toezicht op de financiële markten door de Autoriteit Financiële Markten (AFM). De AFM houdt toezicht op een breed scala aan ondernemingen, zowel grote financiële instellingen als kleine assurance-adviseurs als personen die op de beurs handelen. De onderwerpen waarop het toezicht zich richt variëren van de kwaliteit van hypotheekadviezen, koersmanipulatie, tot handel met voorkennis. De AFM publiceert in het kader van het toezicht openbare waarschuwingen, en ook de opgelegde sancties, namelijk lasten onder dwangsom en bestuurlijke boetes, met naam en toenaam. Deze

publicaties zijn gericht op de consument, maar ook op ondernemingen. Daarmee biedt de toezichtspraktijk van de AFM een variëteit aan ervaringen die samen een goed beeld kunnen geven van de werking van naming en shaming.

Het onderzoek bestond uit documentenonderzoek, tientallen interviews (met toezichthouders, deskundigen, ondernemers, consumentenorganisaties, branche-organisaties, compliance-officers en advocaten) en twee survey onderzoeken onder financieel dienstverleners en compliance-officers. Daarnaast is theoretische en empirische literatuur over naming en shaming in het toezicht gebruikt.

Het vervolg van dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf twee ga ik in op naming en shaming in het publieke toezicht. Deze paragraaf bevat zowel een nadere conceptualisering als vele voorbeelden van naming en shaming door toezichthouders. Paragraaf drie schetst de ontwikkeling van naming en shaming in het toezicht en plaatst deze ontwikkeling in de context van het veranderde klimaat met betrekking tot opsporing en bestrafing. Paragraaf vier bevat de doel- en vraagstelling van dit onderzoek.

1.2 Naming en shaming door publieke toezichthouders

1.2.1 Begripsomschrijving

Voor “naming en shaming” bestaat eigenlijk geen goede Nederlandse uitdrukking. We zouden de term in het Nederlands kunnen vertalen als “in een kwaad daglicht stellen” of “aan de schandpaal nagelen” (resp. Michiels, 2007b; Doorenbos, 2007). Het tegenovergestelde, “naming en faming”, staat gelijk aan “in het zonnetje zetten”. Toch dekken deze vertalingen de lading niet geheel, want de term “naming en shaming” refereert zowel aan het met naam en toenaam in de openbaarheid brengen, als aan het negatieve of zelfs stigmatiserende karakter van de publicatie. De term “naming en shaming” is bovendien inmiddels zo ingeburgerd in het Nederlandse toezicht dat in dit boek deze Engelstalige term wordt gebruikt³.

Naming en shaming is één van de instrumenten in het kader van de toenemende transparantie van het toezicht. Toezichthouders maken informatie openbaar op geaggregeerd niveau over het presteren of functioneren van sectoren of branches, zonder dat bedrijven of instellingen met naam en toenaam worden genoemd. Ze publiceren ook informatie over individuele ondernemingen of personen die ze in het kader van hun reguliere toezicht verkrijgen, zoals prestatiegevens, kwaliteitsoordelen en inspectierapporten (Dorbeck-Jung, Van Erp en Oude Vrielink, 2009). Naming en shaming onderscheidt zich hiervan doordat het gaat om actieve publicatie van namen van overtreders. In dit onderzoek wordt naming en shaming gedefinieerd als *de actieve, niet-geanonimiseerde publicatie van overtredingen en sancties door publieke*

³ In het vervolg van deze publicatie zullen de aanhalingstekens worden weggelaten.

toezichthouders. Naming en shaming kan ook door particulieren gebeuren of door private organisaties, bijvoorbeeld door milieuorganisaties of de Consumentenbond. In dit onderzoek gaat het echter om openbaarmaking door de overheid, in het kader van het toezicht.

Steeds meer publieke toezichthouders doen aan naming en shaming. Volgens hoogleraar Ondernemingsstrafrecht Doorenbos (2007, p. 57) is hier zelfs sprake van een ontwikkeling die niet meer te keren is, waarbij de grootschalige openbaarmaking van sanctiebesluiten en overtredingen een kwestie van tijd is. Een inventarisatie van AdviesOverheid.nl eind 2006 wees uit dat in 42% van de “toezichtsituaties” op rijksniveau⁴, informatie over bevindingen of interventies ten aanzien van de onder toezicht gestelde ondernemingen of instellingen met naam en toenaam naar buiten wordt gebracht (AdviesOverheid.nl, 2006, p. 17). Hieronder enkele voorbeelden.

- De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) publiceert op haar website de namen van bedrijven die mededingingsregelgeving hebben overtreden, de aard van de overtreding en de hoogte van de boete die is opgelegd. Zo valt bijvoorbeeld te lezen dat de NMa op 18 september 2008 een boete van 776.000 euro heeft opgelegd aan Prorail, omdat deze bij de verdeling van spoorwegcapaciteit op de Valleilijn, NS Reizigers had bevoorreed ten opzichte van de nieuwkomer Connexxion⁵.
- De Inspectie voor de Gezondheidszorg publiceert op haar website inspectierapporten over zorginstellingen die onder verscherpt toezicht zijn gesteld. Daarmee worden de interne problemen in deze instellingen naar buiten gebracht, zoals bijvoorbeeld conflicten tussen artsen of onveilige situaties voor patiënten.
- Naast het feit dat op de website van de Onderwijsinspectie alle inspectierapporten over scholen kunnen worden ingezien, publiceert de inspectie een aparte lijst met zeer zwakke scholen. Een zeer zwakke school is een school die onvoldoende onderwijsresultaten realiseert en die daarnaast op cruciale onderdelen van het onderwijsleerproces onvoldoende kwaliteit laat zien⁶. Op 1 maart 2009 staan er 113 zeer zwakke scholen op de lijst. Hoofdinspecteur primair onderwijs Leon Henkens van de Onderwijsinspectie noemt dit “(..) een van de meest effectieve middelen om scholen aan te zetten tot verbeteringen. Ze vinden het allemaal zonder uitzondering heel erg vervelend, ze ervaren het als een schandpaal” (SBM, feb. 2009, no. 6 p. 14).

⁴ Met toezichtsituaties wordt in het genoemde rapport bedoeld: situaties waarin toezichthouders bevindingen of interventies openbaar kunnen maken waarover ze beschikken naar aanleiding van het handhavingstoezicht op ondernemingen (AdviesOverheid.nl, 2006).

⁵ www.nmanet.nl, zaaknummer 200069, persbericht 08-27.

⁶ Bron: www.onderwijsinspectie.nl

- De Autoriteit Financiële Markten (AFM) publiceert openbare waarschuwingen over ondernemingen die aan Nederlandse consumenten financiële producten aanbieden maar niet over de vereiste vergunning beschikken. Tevens publiceert de AFM alle sanctiebesluiten en sanctierapporten. Hierin worden de naam en adresgegevens van de ondernemer en de onderneming, de aard van de overtreding, het oordeel van de AFM over de werkwijze van de onderneming en de boete of dwangsom beschreven.

Ook op Europees en internationaal niveau vinden we openbare toezichtsinformatie die we als naming en shaming kunnen kwalificeren:

- De Europese scheepvaartinspectie Port State Control publiceert onder de titel “caught in the net”, een overzicht van schepen die zijn vastgehouden in Europese havens vanwege onderhoudsgebreken. Op de website kunnen fotoreportages worden bekeken met gedetailleerde foto’s van schepen met roestige onderdelen en lekkende pijpen⁷.
- De Europese unie publiceert een lijst met de namen van luchtvaartmaatschappijen die uit het Europese luchtruim zijn gebannen⁸. Uit deze lijst, die elf pagina’s telt, wordt bijvoorbeeld duidelijk dat alle luchtvaartmaatschappijen uit bijvoorbeeld Liberia, Kirgizistan of Indonesië niet in het Europese luchtruim worden toegelaten.
- De EG-richtlijn inzake de handel in broeikasgasemissierechten schrijft voor dat lidstaten in hun nationale wetgeving een verplichting opnemen om jaarlijks een overzicht te publiceren van de namen van ondernemingen die de emissienormen voor de uitstoot van broeikasgassen hebben overtreden. De Nederlandse Emissie Autoriteit publiceert daartoe jaarlijks een overzicht (TK 2003-2004, 29565, no.3).
- De Financial Action Task Force (FATF) publiceerde in 2000 een lijst van 23 “Non-cooperative Countries and Territories” (NCCT), landen die niet voldeden aan de implementatie van maatregelen tegen witwassen en terrorismefinanciering. Als gevolg van deze lijst herzagen de betreffende landen in snel tempo hun regelgeving en toezicht, en in 2006 werd Myanmar als laatste land van de lijst geschrapt. De FATF verklaarde toen dat er geen landen meer waren die niet voldeden aan de regels (Hülse, 2008).

1.2.2 Is openbaarmaking van toezichtsinformatie altijd naming en shaming?

De grotere transparantie van het toezicht wordt vaak bepleit vanuit het argument van verantwoording van het toezicht aan de burger, en het informeren van de consument. Lang niet alle toezichthouders zullen zich herkennen in de term naming en shaming, omdat de bestraffing van degenen wiens naam openbaar is gemaakt niet hun primaire doel is. Een mooie illustratie van zo’n redenering is een opmerking van de Inspecteur Generaal van de Inspectie

⁷ <http://www.parismou.org/ParisMOU/Caught+in+the+Net/xp/menu.4268/default.aspx>

⁸ http://ec.europa.eu/transport/air-ban/list_en.htm

Gezondheidszorg in een nieuwjaarstoespraak, naar aanleiding van het hierboven genoemde verscherpte toezicht (1-2-2007):

“Afgelopen week kwam de inspectie nog in het nieuws vanwege iets dat in de pers is neergezet als ‘zwarte lijst’. De inspectie werd beticht van naming and shaming. Dat is echter niet onze opzet, ook de term zwarte lijst zullen wij nooit gebruiken. Wat is dan wel de bedoeling? Reden voor deze ene lijst was dat burgers dan makkelijk kunnen vinden welke instellingen (of onderdelen daarvan) écht door de bodem zijn gezakt. Als je op onze lijst staat, heb je het langere tijd echt verkeerd gedaan of onder de norm gepresteerd; je komt er niet zomaar op”.

Net als deze Inspecteur Generaal, zijn verschillende wetenschappelijke auteurs van mening dat er onderscheid gemaakt moet worden tussen neutrale openbaarmaking van toezichtsinformatie enerzijds, en naming en shaming anderzijds. Keuzenkamp, Theeuwes en de Nooij geven bijvoorbeeld de volgende definitie van naming en shaming (2003 p. 15). *Naming* is volgens hen “het publiek bekendmaken van informatie over (..) kenmerken van producten en diensten of over de eigenschappen of kenmerken van de aanbieders en of producenten van producten en diensten, met als doel hiermee consumenten zo goed mogelijk te informeren. *Shaming* is het impliciet of expliciet kleuren van de informatie die gegeven wordt over de eigenschappen van het product of de kenmerken van de aanbieder, om daarmee de reputatie van het product of de aanbieder (en eventueel concurrenten) te beïnvloeden en het gedrag van consumenten te sturen”.

Deze definitie legt de scheidslijn dus bij de extra kleuring van informatie, en gaat er vanuit dat er neutrale naming bestaat zonder shaming. Hiervan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als het publiek wordt gewaarschuwd voor de aanwezigheid van schadelijke stoffen in een product, zonder dat een verband wordt gelegd met een overtreding, zoals bij terugroepacties (Michiels, 2007b). Volgens Daalder en Pietermaat (2007) kan er zelfs van neutrale naming sprake zijn als de openbaar gemaakte informatie gaat over overtredingen of sancties. Zij achten het denkbaar dat een bestuursorgaan zijn sanctiebesluiten op zijn website publiceert met als doel om publieke verantwoording af te leggen over de wijze waarop hij van zijn sanctiebevoegdheden gebruik maakt. In zo'n geval is er volgens hen niet per se sprake van naming and shaming. Dat is pas het geval wanneer de toezichthouder actief naar buiten treedt, bijvoorbeeld door een persbericht uit te brengen.

Verschillende andere auteurs (Michiels 2007; 2008; Roth, 2006; Doorenbos, 2007) zijn echter van mening dat als een toezichthouder een (vermeende) overtreding of sanctie openbaar maakt, er *altijd* sprake is van naming en shaming. De overtreder wordt immers in een kwaad daglicht gesteld, of dit nu de bedoeling was of niet. Zelfs als een wetgever bepaalt dat primair een waarschuwing van of informatie aan het publiek is beoogd, geldt dat de publicatie *de facto* een

sanctionerend karakter kan hebben (Michiels, 2007a, p. 50) ⁹. Het oogmerk kan wel preventie zijn, maar dat doet niet af aan wat er feitelijk gebeurt, namelijk de aantasting van iemands goede naam. Het bestraffende karakter vervalt niet omdat de wetgever dat in de memorie van toelichting zo heeft bepaald, zo stelt Roth (2006). Of anders gezegd, het waarschuwend karakter van de openbaarmaking, sluit zeker niet uit dat zij ook een straf kan inhouden. “Het karakter van dit handhavingsinstrument kan niet met één pennenstreek worden gewijzigd van repressief en afschrikwekkend naar louter waarschuwend”, stelt Doorenbos (2007, p. 78-79).

In de gedragswetenschappelijke literatuur wordt het onderscheid tussen naming en shaming in het geheel niet gemaakt, en spreekt men kortweg over shaming. Daarvan is sprake als de informatie een afkeurend, negatief karakter heeft. De bekendste auteur op het gebied van shaming, de Australische criminoloog John Braithwaite, definieert shaming in zijn klassieke werk “Crime, shame and reintegration” als volgt (1989, p. 100): “Shaming means all social processes of expressing disapproval which have the intention or effect of invoking remorse in the person being shamed and/or condemnation by others who become aware of the shaming”. Kahan en Posner (1999, p. 368) definiëren shaming als “the process by which citizens publicly and self-consciously draw attention to the bad dispositions or actions of an offender, as a way of punishing him for having those dispositions or engaging in those actions”¹⁰.

In navolging van de hierboven genoemde juristen en gedragswetenschappers, wordt in deze studie de bedoeling van degene die de informatie openbaar maakt, niet als bepalend beschouwd voor de karakterisering als naming en shaming. Transparantie van het toezicht wordt vaak als een neutraal onderwerp gepresenteerd. Maar zoals in de inleiding duidelijk is geworden, is openbare reputatie-informatie bedoeld om betrouwbare en onbetrouwbare personen of ondernemingen van elkaar te kunnen onderscheiden. Reputatie-informatie kan besluitvorming vereenvoudigen, maar tegelijkertijd een bestraffend karakter hebben. Transparantie lijkt dus op het eerste gezicht de openheid en toegankelijkheid te bevorderen, maar maakt tegelijkertijd selectiviteit en uitsluiting mogelijk. De term naming en shaming is dus juist passend, omdat zowel het aspect van openheid als dat van straf erin besloten ligt: naming verwijst naar de openbaarmaking, shaming naar de schade die - voor degenen met een slechte reputatie - uit deze openbaarmaking kan voortvloeien.

⁹ Michiels verduidelijkt dat in deze discussie de term “sanctie” niet moet worden opgevat als een bestuurlijke sanctie in de zin van de Awb, maar als een “belastende maatregel”. In de bestuurswetenschappelijke literatuur over naming en shaming door bestuurlijke toezichthouders is over het punitieve karakter van naming en shaming, en de vraag of dit een apart besluit is, en op welke wettelijke grondslag dit berust, ook geschreven door Grundmann-van de Krol (2007) en Ten Westeneind (2006).

¹⁰ Hoewel deze auteurs shaming omschrijven als sociale controle vanuit de samenleving, formuleren zij hun definities in de context van shaming door de overheid en bepleiten zij het gebruik van shaming als publiek handhavingsinstrument.

In dit onderzoek zullen zowel de intenties met betrekking tot naming en shaming door toezichthouders in de toezichtspraktijk, als de gevolgen van naming en shaming voor de betrokkenen worden onderzocht. Daarbij fungeren de beide kanten van naming en shaming, informeren én bestraffen als leidraad. De term naming en shaming wordt in dit onderzoek niet gebruikt als een juridische kwalificatie, maar als analytisch concept, waarbij aandacht is voor het doel én het effect ervan.

1.2.3 Vier perspectieven op naming en shaming

Om de verschillende kanten van naming en shaming, informeren en legitimeren enerzijds, en bestraffen en beschamen anderzijds, te kunnen onderzoeken, worden in deze studie vier perspectieven op naming en shaming onderscheiden. In de eerste plaats het *consumentenperspectief*. In dit perspectief heeft naming en shaming tot doel het informeren van consumenten en het waarschuwen van potentiële slachtoffers over onbetrouwbare ondernemingen over personen. Ten tweede onderscheiden we het *bestraffingsperspectief*, waarin de aandacht uitgaat naar de reputatieschade voor de bestrafte ondernemer of onderneming. Het derde perspectief is het *preventieperspectief*: de dreiging van reputatieschade voorkomt dat ondernemers regels overtreden. En tot slot vestigt het *legitimatieperspectief* de aandacht op de gevolgen van naming en shaming voor de toezichthouder, die door transparantie over het handhavingbeleid zijn optreden kan legitimeren.

Het onderscheid in vier perspectieven is een analytisch onderscheid. Het begrip “perspectief” wordt hier gebruikt in de betekenis van “invalshoek” of “gezichtspunt”, van waaruit bepaalde vragen worden gesteld, en die duidelijk maken in welke richting de antwoorden moeten worden gezocht. Perspectieven zijn niet tegengesteld aan elkaar zoals causale theorieën die alternatieve verklaringen bieden, en door middel van empirisch onderzoek kunnen worden bevestigd of verworpen, maar ze zijn tegengesteld omdat er verschillende manieren bestaan om naar de werkelijkheid te kijken (Goldmann, 2005). De hier geïntroduceerde perspectieven op naming en shaming sluiten elkaar dus niet uit, maar vullen elkaar aan. Bestrafing en preventie bijvoorbeeld zijn twee kanten van dezelfde medaille: de bestrafing van de een, schrikt de ander af. Ook preventie en waarschuwing gaan vaak hand in hand. En tot slot zijn de doelen van handhaving en legitimiteit een logische combinatie.

Bij diverse toezichthouders zijn deze perspectieven, alleen of in combinatie, te herkennen in de argumenten voor naming en shaming. Zo heeft de Britse regering een adviescommissie in het leven geroepen om de effectiviteit van regulering te verbeteren, onder voorzitterschap van *Better Regulation Executive* Richard Macrory. In de *Macrory Review on effective sanctions* (2006, p. 83) bepleit Macrory de inzet van publicitaire sancties met een beroep op het bestraffings- en preventieperspectief:

“A company’s reputation and prestige is an important and valuable asset. The consequences of damaging a firm’s reputation can potentially exceed the effect of a maximum fine that a court could impose. A company that loses its reputation even for a short time can suffer significant damages to consumer confidence, market share and equity value. (...) The threat of this type of sanction may encourage firms contemplating not complying with regulatory objectives to re-consider, even if the noncompliance would generate significant financial benefit”.

In de Nederlandse nota “Bruikbare rechtsorde” treffen we een argumentatie aan waarin we het consumenten- en legitimeringsperspectief herkennen: het inschakelen van “vreemde ogen” (afnemers, klanten, of belanghebbenden bij het product of de dienstverlening) in het toezicht, kan als voordeel hebben dat het toezicht effectiever wordt en/of een grotere maatschappelijke aanvaarding zal kennen, en tot minder lasten en kosten zou kunnen leiden (TK 29279, no.9, pp.20-21).

De Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit (VWA) licht de de publicatie van controlegegevens op haar website toe met een verwijzing naar het consumenten- en legitimeringsperspectief:

“De VWA wil het vertrouwen van de samenleving, burgers en bedrijven vergroten door transparant te werken en inzicht te geven in resultaten van toezicht. Op deze gegevens kunnen partners in de voedselketen, inclusief de consumenten, eventuele keuzes baseren”¹¹.

Elders hanteert de VWA ook het preventieperspectief: de VWA noemt openbaarmaking van controlegegevens een

“prikkel om actief te zijn en te blijven bij het beheersen van risico’s in hun bedrijf (...) Openbaarmaking van controlegegevens – ook van de positieve bevindingen van de VWA – zal in dit licht gezien een extra stimulans zijn voor bedrijven. Op termijn wordt beoogd om openbaarmaking nadrukkelijker in te zetten voor een bijdrage aan een verhoogd niveau van naleving” (Brief ministers van VWS en LNV aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal over openbaarmaking van controlegegevens VWA, 17 december 2007, p. 4).

Als laatste voorbeeld wordt hier post- en telecommtoezichthouder OPTA genoemd, die in het publicatiebeleid het legitimerings- en preventieperspectief verwoordt:

“OPTA streeft ernaar een efficiënte toezichthouder te zijn met openheid over haar maatschappelijke functie en zichtbaarheid van haar maatschappelijke rol. Openheid over deze rol betekent concreet dat marktpartijen op de elektronische communicatiemarkt en postmarkt, consumenten en het algemeen publiek duidelijk weten wat OPTA doet,

¹¹ http://www.vwa.nl/portal/page?_pageid=119,1639977&_dad=portal&_schema=portal

waarom en hoe OPTA dat doet en wat de effecten van het handelen zijn. (...) Bovendien kan het publicatiebeleid een stimulans zijn om de regels na te leven en zo een preventieve werking hebben voor wetsovertredingen". (Beleidsregels openbaarmaking OPTA via www.opta.nl).

1.3 Ontwikkeling van naming en shaming in het publieke toezicht

1.3.1 Openbaarheid versus privacy in het toezicht

Hoewel de rechtspraak in Nederland openbaar is, was die openbaarheid lange tijd beperkt tot een betrekkelijk kleine kring. Bij het grote publiek bleef de overtreder onbekend. "De openbaarheid van de rechtszitting heeft zich hier in Nederland altijd in beslotenheid voltrokken", zo concludeerde een betrokkene eens¹². De ontwikkeling die wij als naming en shaming karakteriseren, betekent een breuk met deze beslotenheid. Steeds vaker zien we dat de identiteit van de overtreder bekend wordt bij een groter en onbekend publiek. Niet het feit dat de identiteit van de dader bekend wordt, maar de verspreidingsgraad van deze informatie verandert dus (Kahan en Posner, 1999, p. 387). De opkomst van de bestraffing door bestuurlijke toezichthouders, die van oudsher veel minder terughoudend zijn met het vrijgeven van informatie over onder toezicht gestelde ondernemingen, heeft hier zeker aan bijgedragen. Maar deze ontwikkeling is zeker niet alleen typerend voor het toezicht op ondernemingen. Aan het algemene beginsel van openbaarheid van rechtspraak wordt steeds vaker invulling gegeven door actieve publiciteit over individuele zaken.

Het meest zichtbaar is deze ontwikkeling in de opsporing. In 1984 begon de samenwerking tussen justitie en media in het programma "Opsporing verzocht". Destijds werd over dit programma nog een hevige maatschappelijke discussie gevoerd. "Een weerzinwekkende vertoning", werd het programma in een publicatie van de Vereniging van Reklasseringsinstellingen genoemd, waarvan de ondertitel luidde "mensenjacht via de televisie" (Godfroy en Van der Velden, 1984). Inmiddels heeft het inschakelen van het publiek in de opsporing echter een hoge vlucht genomen. Burgers worden via de landelijke en regionale televisie, burgernet, Meld Misdaad Anoniem en zelfs door sms-berichten opgeroepen om informatie te verstrekken over daders van criminaliteit. Steeds vaker zien we daarbij dat de politie beeldmateriaal over de verdachte verspreidt, zoals foto's of beelden van bewakingscamera's, en zo mogelijk ook de namen van de verdachten. Op websites als www.overvallersgezocht.nl,

¹² voormalig advocaat-generaal bij de Hoge Raad Leyten, in Trouw, 15-2-1997, aangehaald in Beunders en Müller, 2006.

www.getuigengezocht.nl of het initiatief www.veroordeeldengezocht.nl van de Amsterdamse politie, zijn foto's en filmpjes van gezochte criminelen te zien. Ook plaatst de politie filmpjes op Youtube om het bereik van de berichten te verbreden; soms zijn dit filmpjes die politiefunctionarissen zelf met hun mobiele telefoon hebben gemaakt of die ze van getuigen hebben gekregen.

De publicatie van privégegevens van verdachten is aan duidelijke beperkingen gebonden. Burgers of journalisten mogen niet zonder toestemming belastende informatie over (vermeende) criminelen publiceren. Het Openbaar Ministerie is als enige bevoegd te beslissen of en welke gegevens in de openbaarheid mogen worden gebracht. Dat is bovendien uitsluitend toegestaan bij ernstiger delicten: misdrijven waarbij voorlopige hechtenis is toegestaan. Bij de beslissing over de openbaarmaking van de identiteit van de verdachte moet per geval een afweging gemaakt worden tussen het belang van de opsporing, en dat van de privacy van de betrokkene (Van Lent, 2008).

Over privacy wordt echter heel anders gedacht dan dertig jaar geleden. Het rapport "Van Privacyparadijs tot controlestaat" van het Rathenau instituut (2007) schetst de veranderde verhouding tussen veiligheid en privacy in de afgelopen dertig jaar. In de periode tot 1985 gold Nederland als een privacyparadijs, waarbij zeer terughoudend opsporingsbevoegdheden aan politie, justitie en inlichtingsdiensten werden verstrekt. De periode vanaf 1985 typeren de auteurs daarentegen als "verlies van onschuld". Opsporingsinstanties kregen meer bevoegdheden, camera's deden hun intrede in het publieke domein; gegevensbestanden worden gekoppeld en de identiteit van mensen wordt bij steeds meer gelegenheden geregistreerd. Privacy legt het steeds vaker af tegen veiligheid.

Het internet heeft daarnaast de snelheid en verspreiding van berichtgeving enorm doen toenemen. De informatie van de politie wordt door allerlei private organisaties overgenomen. Zo bundelt de particuliere website "boevenvangen.nl" alle opsporingsinformatie op één site. Ondernemers die zijn bestolen of overvallen, wachten bovendien niet af tot de politie de verdachte opspoort, maar maken zelf de beelden van hun beveiligingssystemen openbaar op Youtube. Zo plaatste een Dordtse supermarkthouder de beelden van de bewakingscamera op Youtube, die gemaakt waren bij een overval van zijn winkel. En een benzinepomphouder in Capelle aan den IJssel hangt op de ingang van zijn kantoor een "doorrijderregistratie" met foto's van kentekens van auto's waarvan de bestuurder is "vergeten te betalen". Ook steekt onder winkeliers van tijd tot tijd het initiatief de kop op om foto's van winkeldieven op de winkelruit te hangen.

Tot slot is in onze "mediacratie" de media een actieve partij in het opsporingsbeleid geworden. De tijd dat de kranten zich beperkten tot het overnemen van de persberichten van het Openbaar Ministerie, inclusief de initialen van de verdachte, ligt ver achter ons. Journalisten zijn zelf actief

als “opsporingsinstantie”, of het nu gaat om het aan de kaak stellen van consumentenbedrog door een programma als Radar, of het oplossen van delicten zoals door misdaadverslaggever Peter R. de Vries. Ook slachtoffers zoeken actief de publiciteit om hun verhaal voor het voetlicht te brengen. Zelfs verdachten treden, soms bij monde van hun advocaat maar soms ook zelf, in de openbaarheid om in praatprogramma's hun onschuld te bepleiten.

Deze toename van mediavormen en mogelijkheden van het internet heeft grote gevolgen voor het publiciteitsbeleid van het Openbaar Ministerie. In reactie op grotere openheid van slachtoffers én verdachten ziet zij zich genoodzaakt actiever in de media naar buiten te treden. Het kopiëren en rondsturen van berichten is voor iedereen mogelijk. Informatiestromen zijn daardoor moeilijk te beheersen. Inbreuken op de privacy van verdachten en veroordeelden worden in het publieke debat bovendien eerder geaccepteerd, zo constateert het OM. Dit alles heeft er toe geleid dat het OM de publicatiemogelijkheden voor opsporingsberichten in 2009 heeft verruimd (Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, Openbaar Ministerie, 2009).

Ook de publicatie van rechterlijke uitspraken op internet vanaf 1999 (www.rechtspraak.nl) heeft ertoe geleid dat rechterlijke vonnissen actiever openbaar gemaakt worden dan tot dan toe het geval was. Het doel van de publicatie op internet is het bijdragen aan de openbaarheid van de procesvoering, maar het gevolg is dat – vaak nadelige - gegevens over personen gemakkelijker vindbaar zijn. Dat brengt “een zekere noodzaak” tot bescherming van het recht op privacy met zich mee, zo stelt de toelichting op de anonimiseringsrichtlijnen die door de Rechtspraak zijn opgesteld. Strafrechtelijke uitspraken over natuurlijke en rechtspersonen worden dan ook meestal geanonimiseerd. Desondanks wordt erkend dat personen of rechtspersonen toch vaak herkenbaar zijn. In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat het belang van openbaarheid van rechtspleging een zekere privacy-inbreuk rechtvaardigt¹³.

1.3.2 Achtergrond: “The new culture of crime control”

De verschuivende verhouding tussen veiligheid van het grote publiek, en privacy en bescherming van de dader anderzijds, is typerend voor de nieuwe veiligheidscultuur zoals die wordt gekenschetst door verschillende sociale wetenschappers (onder andere Garland, 2001 Boutellier 2007; Downes en Van Swaaningen, 2007; McAlinden, 2007; Simon 2007). Een van de meest invloedrijke auteurs op dit terrein is David Garland, die in zijn boek “The culture of control, Crime and social order in contemporary society” (2001) de ontwikkeling schetst van het criminaliteitsbeleid van de afgelopen 50 jaar. Volgens Garland is er vanaf de jaren negentig

¹³ Anonimiseringsrichtlijnen Rechtspraak, vastgesteld door de plenaire redactieraad Rechtspraak.nl op vrijdag 5 oktober 2007.
<http://www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Anonimiseringsrichtlijnen/>

sprake van een “new culture of crime control”, die een radicale breuk vormt met de aanpak van criminaliteit in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw. Uit zijn analyse zijn drie ontwikkelingen met name relevant als verklaring voor de opkomst van naming en shaming. In de eerste plaats gaat in het nieuwe criminaliteitsbeleid de aandacht minder uit naar de dader als individu, en steeds meer naar het systeemniveau. Ten tweede heeft de staat niet langer het monopolie op criminaliteitsbestrijding, maar is er een sterkere betrokkenheid van burgers en maatschappelijke organisaties. Ten derde heeft de aanpak van criminaliteit een veel punitiever karakter gekregen.

De eerste ontwikkeling is, zoals gezegd, die van de verschuiving van de focus op de dader als individu naar het systeemniveau. Het criminaliteitsbeleid van de jaren zeventig weerspiegelde het gedachtegoed van de verzorgingsstaat, waarin gelijke kansen centraal stonden en criminaliteit als een gevolg werd beschouwd van een maatschappelijke achterstandspositie. De oplossing voor criminaliteit werd gezocht in de behandeling van daders en het bieden van kansen (Mc Alinden, 2007). Tegenwoordig echter is het centrale doel van het criminaliteitsbeleid niet de correctie van de individuele dader, maar risicomanagement voor de samenleving als geheel. De focus verschuift van de dader en zijn individuele achterstandskennmerken naar de controle van situaties die gelegenheid bieden tot criminaliteit. De oplossing wordt niet gezocht in normoverdracht, maar in technologie en informatie-uitwisseling die de gelegenheid tot het plegen van delicten beperken. Er is daarbij een toenemende druk op de overheid om informatie over risico's bekend te maken, opdat potentiële slachtoffers hier rekening mee kunnen houden. De publicatie van namen en adressen van overtreeders past daarbij.

In de tweede plaats wordt veiligheid niet langer als een zaak van de overheid alleen beschouwd, maar bemoeien burgers en organisaties zich actief met de opsporing en bestraffing. De procedurele rechtsstaat die tot begin deze eeuw gold, werd gekenmerkt door een duidelijke scheiding tussen formele en informele controle. De hedendaagse samenleving heeft veel meer het karakter van een netwerksamenleving, waarbij formele en informele controle door elkaar lopen. Boutellier (2007) spreekt in dit verband van drie ontwikkelingen in de veiligheidszorg: responsabilisering, privatisering en particularisering. Responsabilisering betekent dat groepen en organisaties in de samenleving de verantwoordelijkheid voor veiligheid (mede) op zich nemen en hieraan bijdragen. Privatisering verwijst naar eigen veiligheidsprogramma's van private organisaties, zoals Schiphol of een voetbalclub. En particularisering tot slot heeft betrekking op initiatieven van burgers om hun veiligheid zelf te organiseren en de politie te helpen. Volgens Boutellier moeten we de huidige ontwikkelingen in de veiligheidszorg dan ook niet zien als de vorming van een controlestaat, maar als een teken dat zich binnen de netwerksamenleving nieuwe vormen van ordening aan het ontwikkelen zijn.

Ook bestuurskundigen hebben het uniforme perspectief van de overheid als centrale actor al lang vervangen door een pluriform perspectief: sturing gebeurt op vele plaatsen en door vele actoren. In plaats van government, spreekt men van governance (Coglianese e.a. 2007). Er heeft een transitie plaatsgevonden van de “positive state” naar de “regulatory state”, waarin meer waarde wordt gehecht aan monitoring, toezicht en controle dan aan concrete interventies (Majone, 1997). Voor het toezicht heeft dit als consequentie dat de publieke toezichthouder – de inspectie of toezichtsautoriteit – zijn taken niet langer geïsoleerd uitvoert maar actief aansluiting zoekt bij vormen van maatschappelijke controle (Van Erp en Brandsen, 2006). In toenemende mate is sprake van horizontale of hybride toezichtsvormen (Schillemans, 2007; Brandsen, Van de Donk en Putters, 2005; Van Montfort, 2008, Ottow, 2008). De geïnstitutionaliseerde controleurs van de democratische rechtsstaat - het parlement, toezichthouders of de rechter – zijn aangevuld met stakeholders zoals burgers, maatschappelijke groeperingen en de media. Als publieke toezichthouders volstaan met het naar buiten brengen van de informatie waarover zij beschikken, blijven zij in het command-and-control paradigma. Maar transparantie kan ook de vorm krijgen van een interactieve dialoog tussen toezichthouder, de onder toezicht gestelde instelling en de burger/consument. Op die manier kan een maatschappelijk leerproces plaatsvinden over risico's, naar het voorbeeld van Web 2.0, een soort “Toezicht 2.0” (Meijer en Homburg, 2008).

Tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen kunnen we ook naming en shaming beschouwen als een poging van publieke toezichthouders om aansluiting te vinden bij de kennis en invloed binnen netwerken van stakeholders; als een vorm van responsabilisering. Er is immers binnen de maatschappij allerlei kennis over criminele activiteiten of overtredingen waar de toezichthouder gebruik van kan maken. De burger neemt verantwoordelijkheid door de politie te helpen met zijn kennis over mogelijke daders, of als mede-toezichthouder op ondernemingen. En een stap verder: burgers beschermen zichzelf en worden hierbij geholpen doordat de toezichthouder hen informatie over risico's verstrekt.

Naming en shaming is echter niet alleen te verklaren als een logische ontwikkeling in de netwerksamenleving. De nieuwe veiligheidscultuur kenmerkt zich in de derde plaats door een hardere aanpak, meer toezicht en strengere straffen. Van de Bunt en Van Swaaningen (2005) hebben in dit verband opgemerkt dat de overheid zich in een spagaat bevindt: enerzijds beseft zij weliswaar dat zij het niet (langer) alleen afkan, maar anderzijds gelooft zij steeds sterker in een hardere aanpak. De “penal welfare state” van de jaren zeventig en tachtig had rechtvaardigheid, proportionele straffen, en een correctieve, op rehabilitatie gerichte aanpak van de dader hoog in het vaandel staan. Het instrumentele karakter van de straf stond voorop; bestraffing was het terrein van welzijnswerkers. Het gevolg hiervan is geweest dat straffen voor het grote publiek

onvoldoende in overeenstemming waren met de publieke opinie over de ernst van misdrijven. Normatieve aspecten van bestraffing, het veroordelen en afkeuren van het gepleegde onrecht, raakten op de achtergrond. Het huidige criminaliteitsbeleid is in reactie daarop expressiever en meer punitief gericht. Waar voorheen neutraliteit voorop stond, is de toon in het criminaliteitsbeleid weer dramatischer en emotioneler geworden. En in plaats van het doel van rehabilitatie en behandeling van de dader, is vergelding het centrale doel van straf geworden (Garland, 2001, p. 8-10).

Hieraan ligt een visie op de dader ten grondslag die Garland typeert als de “criminologie van de ander”: daders en de rest van de maatschappij zijn twee verschillende groepen, waarbij de daders zich bewust buitenspel hebben gezet. “Crime is a decision, not a disease”, zo vat Garland deze visie samen (2001, p. 198). Strengere straffen zijn makkelijker te accepteren als overtreders worden gezien als buitenstaanders, in plaats van gelijken (Downes en Van Swaaningen, 2007, p. 56). Bovendien worden de rechten van de dader en van het (potentiële) slachtoffer als een zero sum game beschouwd. Als er een keuze gemaakt moet worden tussen een inbreuk op de privacy of andere rechten van een verdachte of dader, of het voorkomen van risico's voor de maatschappij, wordt de keuze voor het laatste gemaakt.

Ook het begrip stigma heeft volgens Garland een herwaardering gekregen. Stigmatisering werd in de jaren zeventig als onwenselijk en contraproductief beschouwd. Bestrafing speelde zich daarmee voor een groot deel buiten het gezichtsveld van de burger af in besloten zittingen, door anonimisering van berichtgeving en door niet-stigmatiserende straffen zoals de taakstraf. “Today, stigma has become useful again”, stelt Garland (2001, p. 181). “Whether for punitive effect or public protection, or both, the deliberate stigmatizing of offenders is once again a part of the official penal repertoire”. Naming en shaming van daders, dat in de jaren zeventig als een middeleeuwse traditie werd beschouwd, is in deze tijd weer “salonfähig” geworden.

1.3.3 Waar gaat het naar toe?

Naming en shaming is hierboven geschetst als een ontwikkeling binnen de bredere verschuiving in de criminaliteitsbestrijding naar een meer punitieve en risicogestuurde aanpak en waarbij een grotere rol is weggelegd voor burgers. In de Verenigde Staten is deze oriëntatie, inclusief naming en shaming, ver doorgevoerd. Het bekendste voorbeeld van naming en shaming is wellicht de publicatie van namen van seksueel delinquenten als gevolg van “Megan’s law”. Deze wet is genoemd naar de zevenjarige Megan Kanka, die door een pedoseksuele buurman werd vermoord. Als gevolg van Megan’s law houdt elke staat in de VS op internet een register bij waar na het intypen van een straatnaam, een overzicht wordt getoond met namen, foto's, adressen en gepleegde delicten van seksueel delinquenten¹⁴. Maar naming en shaming is in de VS niet beperkt tot de onderkant van de samenleving. Zo publiceert de Amerikaanse

¹⁴ Voor een voorbeeld zie <http://www.meganslaw.ca.gov/>

milieutoezichthouder EPA (vergelijkbaar met de Nederlandse VROM Inspectie) een register met voortvluchtige verdachten van milieudelicten, compleet met “wanted”-posters¹⁵. Ook heeft de Sarbanes-Oxley wetgeving, die is ingevoerd na geruchtmakende boekhoudfraudes door topondernemers, tot gevolg dat de bestuursvoorzitters van beursgenoteerde ondernemingen gevangenisstraf kunnen krijgen als in hun onderneming boekhoudfraude is gepleegd. Diverse vooraanstaande ondernemers zijn voor het oog van de wereldpers met handboeien afgevoerd of in gevangenskledij gefotografeerd.

De Amerikaanse literatuur over shaming biedt daarnaast diverse voorbeelden van shaming die veel verder strekken dan de opsporing van verdachten of bescherming van potentiële slachtoffers, omdat ze een expliciet statusverlagend, vernederend karakter hebben. Zo werden wildplassende effectenhandelaren op Wall Street gedwongen de straat schoon te maken, moest een man die zijn ex-vrouw lastig viel, zich van de rechter door haar in zijn gezicht laten spuwen, en werd een verhuurder van illegale woningen gedwongen opgesloten in zijn van ratten vergeven woningen (Kahan en Posner, 1999).

Deze Amerikaanse voorbeelden lijken misschien ver van ons bed, zeker waar het toezicht op ondernemingen betreft. Maar ook op het Europese continent vinden we naming en shaming. In Groot Brittannië is eind 2008 de verplichting ingevoerd voor taakgestraften om bij de uitoefening van hun taakstraf een oranje vestje te dragen met de tekst “community payback”. In de volksmond werden deze al snel omgedoopt tot “vests of shame”. De toelichting die Labour minister van Justitie Jack Straw gaf op dit besluit, past naadloos in de door Garland geschetste verschuiving van dadergericht naar publieksgericht criminaliteitsbeleid.

“Our justice system is fundamental to making society fair. So over centuries, and rightly, we have developed a vigorous set of rules to ensure fair trials (...). But the justice system is also a public service, and like any school or hospital is paid for by the taxpayer, and is there to protect the taxpayer, the community. (...) We read a great deal about crime, but we may be less aware of the outcomes of most trials, or the punishment of many crimes, especially where that is in the community, not prison. So yes, we want it to be fair to defendants and offenders, but we want it to work in the interests of the public and be seen to be working in the interests of the public. And that is where the vests and Community Payback come in” (commentaar Jack Straw in Lancashire Telegraph, 4-12-2008).

¹⁵ <http://www.epa.gov/fugitives/>

De door Garland geschetste “culture of control” is ook in in het Nederlandse veiligheidsbeleid volop aanwezig. De criminologen Downes en Van Swaaningen (2007) schetsen hoe Nederland, dat eens als gidsland gold op het gebied van resocialisatie van gestraften, de bescherming van de samenleving als leidend principe van het criminaliteitsbeleid heeft geadopteerd. Er worden steeds zwaardere straffen opgelegd. Ook naming en shaming is in Nederland niet langer taboe. Parallel aan de “vest of shame” dragen taakgestraften in Rotterdam en Dordrecht fluorescerende vestjes met daarop de tekst “Reclassering Nederland” (De Telegraaf, 29-4-2009). Een taakstraf mag niet leuk zijn, en opvallen kan daaraan bijdragen, aldus voorzitter van het College van procureurs- generaal Brouwer. Ook gaan er geregeld stemmen op om namen en postcodes van pedoseksuelen op internet te publiceren, of op zijn minst intern bekend te maken aan relevante organisaties zoals woningcorporaties. Tot slot kent het strafrecht de mogelijkheid om publiciteit als extra straf op te leggen. Lange tijd gold deze maatregel als “de minst toegepaste straf die het Wetboek kent” (Doorenbos, 2007, p.1). Maar onlangs heeft de rechter een oplichter veroordeeld tot het openbaar maken van de straf door middel van een advertentie in een landelijk dagblad¹⁶. In het bestuurlijke toezicht op ondernemingen wordt naming en shaming zelfs volop toegepast, zoals in dit hoofdstuk is beschreven. Het is in het licht van deze ontwikkelingen van belang om de effecten van deze maatregel in de praktijk te onderzoeken.

1.4 Doel- en vraagstelling van dit onderzoek

1.4.1 Doelstelling

Het internet biedt de mogelijkheid om toezichtsgegevens te verspreiden. Steeds meer toezichthouders maken dan ook de identiteit van overtreders openbaar. Dat doen ze met verschillende doelen en verwachtingen. Sommigen zien naming en shaming als een vorm van bestraffing, andere als een nuttige vorm van “consumer empowerment” of publieke verantwoording, en weer anderen als effectieve vorm van afschrikking. Sommigen gebruiken meerdere van deze argumenten en weer anderen keren zich geheel tegen de gedachte van naming en shaming. Daarbij is de discussie over naming en shaming tot dusver sterk normatief geweest. Naming en shaming is een maatregel die veel emotie oproept, en waarover vaak een instinctief oordeel wordt geveld. Ethische en normatieve argumenten met betrekking tot de wenselijkheid van de maatregel lijken daarbij het effectiviteitsoordeel sterk te beïnvloeden: voorstanders zijn er over het algemeen van overtuigd dat de maatregel werkt, terwijl degenen die ertegen zijn, ook niet in de werking ervan geloven (Ullmann-Margalit, 2008). Empirisch onderzoek naar de effecten van naming en shaming is tot dusver echter slechts in beperkte mate verricht (Kahan en Posner, 1999, Pawson, 2002a). Om te kunnen verklaren waarom naming en shaming

¹⁶ Zie LJN BE 0066, Rechtbank Zwolle, 14-8-2008.

werkt en in welke omstandigheden, is het van belang de gedragsmechanismen te begrijpen waarop naming en shaming een beroep doet (Leeuw, 2008).

In dit onderzoek stellen we ons tot doel de werking van naming en shaming in het markttoezicht te begrijpen. Allereerst is het doel de verschillende veronderstellingen die in theorie en beleid ten grondslag liggen aan de werking van naming en shaming, te expliciteren en te ontrafelen. Vervolgens wordt onderzocht in hoeverre de veronderstelde effecten in de praktijk ook daadwerkelijk blijken op te treden en welke neveneffecten er zijn. Uiteindelijk gaat het in dit boek om het begrijpen van het werkingsmechanisme van naming en shaming. Die kennis kan ertoe bijdragen dat naming en shaming in het publieke toezicht beter onderbouwd wordt ingezet, of dat er beredeneerd kan worden waarom naming en shaming in een bepaalde situatie of context niet geschikt is.

1.4.2 Vraagstelling

De vraagstelling van dit onderzoek luidt:

Wat zijn de effecten van naming en shaming in het financiële toezicht op de financiële beslissingen van consumenten; op de reputaties van de bestrafte ondernemingen; op de doelgroep van onder toezicht gestelde ondernemingen als geheel en op de legitimiteit van de toezichthouder?

In deze vraagstelling zijn de vier perspectieven op naming en shaming te herkennen. Wat het consumentenperspectief betreft, is de vraag of en in hoeverre consumenten gebruik maken van de verstrekte informatie. Is het wel reëel om te verwachten dat consumenten de website van de toezichthouder raadplegen alvorens zij een product of school kiezen? En wat doen consumenten eigenlijk met informatie over bedrijven waar zij niet direct zaken mee kunnen doen, zoals Prorail, of de uit Europa “verbannen” luchtvaartmaatschappijen? Kortom, functioneert de door de overheid verstrekte reputatie-informatie ook daadwerkelijk als vereenvoudigingsmechanisme in markten?

Voorts is de vraag welke impact naming en shaming heeft op de overtreders die zijn bestraft. Het is zeker niet de bedoeling van toezichthouders om de reputatie van ondernemers te verwoesten op de wijze zoals in de inleidende voorbeelden is beschreven. Toezichthouders spreken liever over “transparantie” en “openbaarheid van het toezicht” dan van naming en shaming. Toch kan deze openbaarmaking forse gevolgen hebben, ook in financieel opzicht. Leveranciers en kredietverstrekkers kunnen zich terugtrekken, de aantrekkingskracht van een bedrijf als werkgever kan verminderen, en er kunnen zelfs consumentenboycots optreden, waardoor de financiële gevolgen van openbaarmaking die van een geldboete ver kunnen overstijgen (Doorenbos, 2007, p. 27). Is naming en shaming proportioneel? Zijn de gevolgen eigenlijk wel

beheersbaar? En kan eenmaal toegebrachte reputatieschade worden tenietgedaan, als blijkt dat de publicatie onrechtmatig was (Michiels, 2007a)?

Een derde vraag betreft de preventieve werking van naming en shaming. Reputatie kan een uiterst krachtig mechanisme zijn, maar toch heeft de ervaring ons geleerd dat het misstanden niet altijd kan voorkomen. We zijn er bijvoorbeeld lange tijd vanuit gegaan dat de zorg voor een goede reputatie van financiële instellingen in voldoende mate voorkwam dat zij te grote risico's namen op de financiële markten. De kredietcrisis heeft echter laten zien dat reputatie daarvoor niet altijd voldoende garanties biedt. En de criminologie biedt vele voorbeelden van "trusted criminals", witteboordencriminelen die hun vertrouwenspositie misbruiken om fraude en bedrog te plegen (Friedrichs, 2007, p. 9). Het bedrijf dat een van de grootste boekhoudfraudes ooit pleegde bijvoorbeeld, het Amerikaanse energiebedrijf Enron, had een uitstekende reputatie van innovativiteit en won zelfs een prijs voor de wijze waarop de onderneming werd bestuurd. En de grootste beursfraudeur aller tijden, Bernard Madoff, gebruikte juist zijn reputatie van betrouwbaarheid om zijn cliënten te misleiden. Wanneer, en in hoeverre, werkt reputatie preventief?

Tot slot is de vraag wat de gevolgen zijn van naming en shaming voor de toezichthouder zelf. Naming en shaming wordt, zoals we eerder zagen, vaak beargumenteerd vanuit de gedachte dat meer inzicht in de werkwijze van de toezichthouder, tot meer vertrouwen in de toezichthouder zal leiden. Maar het omgekeerde kan natuurlijk net zo goed het geval zijn, als het publiek van mening is dat de toezichthouder niet hard of snel genoeg heeft opgetreden. Het openbaar maken van misstanden kan bovendien tot ongerustheid of paniek leiden. Tot slot kan de toezichthouder die aan naming en shaming doet, ervan worden beschuldigd een "trial by media" te voeren of de branche als geheel in een negatief daglicht te stellen (Yeung, 2005). Ook dat is niet bevorderlijk voor de legitimiteit van het toezicht.

1.4.3 Opzet van dit boek

In hoofdstuk twee zullen de vier perspectieven verder worden uitgewerkt aan de hand van diverse theorieën over naming en shaming. In hoofdstuk drie wordt de casus van de AFM geïntroduceerd en wordt de opzet van het empirisch onderzoek uiteengezet. In de vier daaropvolgende hoofdstukken zal steeds vanuit één perspectief worden onderzocht wat de effecten zijn van naming en shaming in het markttoezicht. Dat gebeurt aan de hand van eigen empirisch onderzoek naar het financiële toezicht, aangevuld met materiaal van anderen over andere markten. Hoofdstuk vier behandelt het consumentenperspectief, hoofdstuk vijf het bestraffingsperspectief, hoofdstuk zes het preventieperspectief en hoofdstuk zeven het legitimatieperspectief. Hoofdstuk acht bevat de conclusies.